gebliche Vermuthung für den Besitzer nicht eine Freiheit vom Beweise enthält, sich ergiebt, daß immer bei der actio negatoria der Kläger nur sein Eigenthum, in so ferne dies ihm bestritten ist, und der Beklagte das Recht auf die Dienstbarkeit beweisen muß, sollen wir berechtigt sein, wegen zwei der Natur der Sache so sehr widersprechenden, durch andere Stellen des röm. Rechts nicht unterstützten Fragmente das Gegentheil anzunehmen? Man hebt mit Recht so oft den practisch feinen gesunden Verstand der classischen Juristen Roms hervor, warum sollen wir nicht annehmen, daß sie auch in dieser Lehre ihre gerühmte Eigenschaft bewährten?

XII.

Beiträge zur Lehre vom Mieth- und Pachtvertrag.

Ueber die s. g. locatio irregularis.

Von

Herrn Dr. W. Sell,

ordentlicher Professor der Rechte zu Zürich.

---

§. 1.

Nach der Natur der locatio conductio wird auf den conductor nicht das Eigenthum an der gemietheten oder gepachteten Sache übertragen·

Fr. 39. D. h. t. (Ulpian. lib. 2. ad Edict.) Non solet locatio dominium mutare;

und noch genauer Iavolenus in Fr. 65. i. F. D. de contrahenda emptione (18, 1.) (lib. 11. Epistolar).

Totiens enim conductio alicujus rei est, quotiens materia, in quo (qua) [1]) aliquid praestatur in eodem statu ejusdem manet: quotiens vero et immutatur et alienatur, emptio magis, quam locatio intelligi debet.

Doch kommen in den römischen Gesetzen unzweifelhaft Fälle vor, in welchen bei Gelegenheit einer locatio Eigenthum auf den conductor übergeht.

Darum hat die Doctrin zwei Arten der locatio angenommen: die gewöhnliche locatio regularis, welche kein Eigenthum überträgt, und die außergewöhnliche, unregelmäßige (anomala, irregularis [2]), durch welche der conductor Eigenthum an der gemietheten oder gepachteten Sache erwerben soll [3]), für welche Ansicht man sich noch besonders auf den Ausspruch des römischen Juristen Alfenus in

---

1) Ueber diese Lesart ist schon oben in der ersten Abhandlung §. 1. a. E. Note, das Nähere bemerkt worden.

2) Vgl. Bynkershoek. Observationes jur. Rom. Lib. VIII. cap. 4. i. f. cap. 7. pr. Glück, a. a. O. Bd. 17. S. 487. Bd. 15. S. 168. v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch (4. Ausg.) Buch III. §. 163. (§. 266). Schweppe, Römisches Privatrecht 2c. (4. Ausg. von Meyer) Bd. III. §. 466. (S. 226) §. 478. S. 241. folg. u. A. m. Auch mehrere neuere Lehrbücher, welche nicht gerade den Ausdruck locatio irregularis hier gebrauchen, gehen doch von der Ansicht aus, daß hier das Eigenthum durch den Mieth- oder Pachtcontract übertragen werde; wie Thibaut System 2c. (8. Ausg.) §. 515. pos. a. u. b. Mackeldey, Lehrb. (10. Ausg.) §. 377. Not. a.

3) Man stützt sich dabei vorzüglich auf den Ausdruck „solet" in Fr. 39. D. h. t. cit. weil dieser nur die Regel bezeichne, während ausnahmsweise durch die locatio Eigenthum übertragen werden könne: Bynkershoek, l. c. cap. 4. pr. Wenn nun auch nicht geläugnet werden kann, daß der Ausdruck „solet" eine solche Bedeutung hat, so ist doch gewiß auch auf der andern Seite richtig, daß die römischen Gesetze allgemeine Rechtsregeln gewöhnlich durch solere und ähnliche Zeitwörter angeben, ohne dadurch zugleich auf eine Ausnahme hindeuten zu wollen. Dieser Ausdruck an und für sich kann darum Nichts beweisen.

Fr. 31. D. h. t. (19. 2.) (lib. 5. Digestorum.)
verb. Respondit rerum locatorum duo genera esse etc.
stützt. (Ueber diese Worte des Gesetzes, so wie über die ganze Stellen unter §. 5. ff. das Nähere)! —

Betrachtet man nun die Sache ganz im Allgemeinen nach dem Geiste des römischen Rechts, so erscheint es auffallend, daß gerade das Merkmal, welches die Römer als characteristisch bei der locatio conductio annehmen, nämlich die Gestattung des Gebrauchs der Sache gegen Erlegung eines bestimmten Miethgeldes, bei einigen Arten dieses Contracts wegfallen, und dagegen Erwerb des Eigenthums, welcher dem Miethvertrag völlig fremd, ja widersprechend ist, begründet werden solle.

Diese Betrachtung erregt schon a priori einen gewissen Zweifel gegen die gewöhnliche Darstellung der Doctrin, und veranlaßt zu einer genaueren Untersuchung der römischen Gesetzesstellen, welche man in der Regel zur Rechtfertigung jener Darstellung anführt. Zum Zwecke dieser Untersuchung müssen die einzelnen Fälle der s. g. locatio irregularis von einander geschieden und jeder einzeln genauer geprüft werden.

§. 2.

Wir wenden uns demnach zunächst zu dem Falle:

A) wenn bei der Verpachtung eines Guts, das instrumentum [4]), Guts-Inventarium, Wirthschafts-Inventarium (Vieh- und Ackergeräthe, Schiff und Geschirr) gegen ein bestimmtes Taratum übergeben worden ist, was die Neueren

4) Was zu dem instrumentum fundi gehört, bestimmt: Fr. 8. pr. D. de instructo vel instrumento legato (33, 7.) (Ulpian. lib. 20 ad Sabinum). In instrumento fundi ea esse, quae fructus quaerendi, cogendi, conservandi gratia parata sunt, Sabinus libris ad Vitellium evidenter enumerat. etc. Vergl. die im §. 9. a. A. der ersten Abhandlung allegirten Gesetzesstellen, und Roßhirt, Lehre von den Vermächtnissen ꝛc. Thl. 2. §. 5.

contractus socidae[5]), bei Thieren Eisern-Vieh-Contract nennen[6]). s. das Nähere über diesen Contract unten §. 3. a. E. Note.

Die Gesetze, welche von diesem Vertragsverhältniß handeln, sind entlehnt aus den Schriften der Juristen Pomponius und Paulus, nämlich aus

Fr. 3. D. h. t. (Pomponius lib. 9. ad Sabinum).

Cum fundus locetur et aestimatum instrumentum colonus accipiat, Proculus ait id agi [7]), ut instrumentum emptum habeat colonus: sicuti fieret, cum quid aestimatum in dotem daretur.

Indem Pomponius in dieser Digestenstelle den Ausdruck des Proculus billigt, trennt er ausdrücklich den Vertrag in Beziehung auf das instrumentum von dem Vertrage hinsichtlich des Guts: den ersteren nennt er eine emtio, während durch die Anfangsworte Cum fundus locetur — ganz deutlich der letztere als eine locatio bezeichnet ist. Da aber beide Contracte in Hinsicht ihrer Errichtung in einen Act zusammenfallen, so ergiebt sich zwar der äußeren Erscheinung

---

5) Dieser Name paßt eher, wie Glück a. a. O. Bd. 17. S. 492. und Muehlenbruch, Doctr. Pand. (edit. III.) Vol. II. Lib. III. §. 417. not. 5. richtig bemerken, für eine andere Art Vertrag, welche in const. 8. C. de pactis (2, 3.) erwähnt wird.

6) Vergl. Preuß. Ld. R. a. a. O. §. 475. Code civil, art. 1821. ff. (cheptel donné au fermier aussi appelé cheptel de fer).

7) Durch diesen Ausdruck und ähnliche andre (hoc agitur, actum est, quid actum sit etc.) bezeichnen die Römer gewöhnlich dasjenige, was Sinn und Absicht der Contrahenten bei einem Rechtsgeschäfte war, ohne daß es ausdrücklich gesagt wurde; z. B. im Fr. 10. pr. D. ad. leg. Rhod. de jactu (14, 2.) Fr. 41. 77. D. de contrah. emt. (18, 1.) Fr. 2. §. 1. D. de hered. vel act. vend. (18, 4.) Fr. 2. §. 1. D. qui sine manum. (40, 8.) u. a. m. Im Allgemeinen wird der Ausdruck „agere actum est etc." aber auch für das gebraucht, was bei dem Rechtsgeschäft ausdrücklich festgesetzt ist: Fr. 19. D. de V. S. u. a. m.

nach ein Rechtsgeschäft, der rechtlichen Natur nach sind aber zwei verschiedene Contracte vorhanden, oder, wenn man lieber will, es ist ein aus jenen beiden Verträgen gemischtes Rechtsverhältniß entstanden. Darum müssen denn auch die Grundsätze der beiden Contracte, je nach Verschiedenheit des Gegenstands, zur Anwendung kommen: am Gute erhält also der colonus den ordnungsgemäßen Gebrauch; der Verpachter ist verpflichtet: agrum praestare conductori ut frui possit — ganz nach allgemeinen Grundsätzen; rücksichtlich des instrumentum entscheiden dagegen die allgemeinen Regeln über den Kaufcontract: der Käufer (d. i. der Pachter des Guts) erwirbt demnach durch die auf den Contract folgende Tradition das Eigenthum an den zum instrumentum gehörenden Gegenständen, und muß natürlich in Gefolge dessen auch das periculum rei tragen.

Damit stimmt überein die zweite Stelle der Digesten von Paulus Fr. 54. §. 2. D. h. t. (lib. 5. Responsorum.) Paulus respondit, servum, qui aestimatus colonae adscriptus est, ad periculum colonae pertinebit; et ideo aestimationem hujus de functi ab herede colonae praestari oportere.

Doch könnte hier noch ein Punct in Zweifel gezogen werden: ob nämlich der Pachter des Guts auch wirklich das Eigenthum an dem instrumentum erhält, oder ob er nach der Tradition der taxirten Gegenstände bloß das periculum übernimmt, während das Eigenthum dem Verpachter bleibt [8]. Den strengen Worten nach spricht Fr. 54. §. 2. cit. nur von dem periculum; da indessen Pomponius in Fr. 3. cit. den

8) Diese Unterscheidung ist practisch wichtig, wenn man z. B. den Fall annimmt, daß der Pachter in Concurs verfallen ist: Hier kann der Verpachter, wenn man bloß das periculum an dem Wirthschafts-Inventarium auf den Pachter übergehen läßt, die einzelnen zum Inventarium gehörigen Sachen vindiciren, während beim Uebergang des Eigenthums diese Befugniß natürlich wegfällt: Weber zu Höpfner, in dessen Commentar §. 889. Note. Schweppe, a. a. O. §. 468. pos. a. a. E.

Vertrag in Beziehung auf das instrumentum ganz im Allgemeinen als einen Kauf bezeichnet, so müssen auch alle rechtlichen Wirkungen der emtio so lange eintreten, bis eine Ausnahme nachgewiesen werden kann; es muß demnach auch durch die Tradition wirkliches Eigenthum auf den colonus als Käufer, nach allgemeinen Grundsätzen übergehen. Dieses Resultat geht schon aus der Natur der Sache hervor; es erhält aber auch noch durch die Gleichstellung unseres Falles mit den res dotales aestimatae am Schlusse des Fr. 3. cit. eine bestimmte Bestätigung durch specielle Gesetze. Denn Ulpianus sagt von solchen gegen eine Taxation überlassenen Dotalsachen in

Fr. 10. §. 4. i. f. D. de jure dotium (23, 3.) (lib. 34. ad Sabinum.) — aestimatio rerum perficitur et fit vera venditio; und, wo möglich noch deutlicher, in dem unmittelbar darauf folgenden §. 5. i. f. quia aestimatio venditio est, — was auch durch mehrere Stellen der Digesten [9]) und des Codex [10]) bestätigt wird, welche bei einer solchen aestimatio die actio emti gestatten; und — daß in Gefolge dieses Kaufs wirkliches Eigenthum übergehe, wird gleichfalls sowohl in den Digesten von Papinianus

Fr. 69. §. 8. D. de jure dotium (23, 3.) (lib. 4. Responsorum).

In dotem rebus aestimatis (et) traditis, quamvis eas mulier in usu habeat, viri dominium factum videretur [11])

9) Fr. 16. Fr. 69. §. 8. D. de jure dotium (23, 3.) Fr. 9. §. 3. D. qui potiores in pignore (20, 4).

10) Const. 1. 10. 21. C. h. t.; (5, 12.) const. 11. i. E. f. de pactis (2, 4.). Vergl. auch const. unica §. 9. i. F. §. 15. i. F. C. de rei uxoriae actione (5, 13.).

11) Manche Ausgaben lehren wohl richtiger: videtur Vergl. Gebauer-Spangenberg, h. l. not. 25. Glück, a. a. O. Bd. 25. S. 16. Note 41.

als in dem Codex von Imp. Alexander ausgesprochen: const. 5. C. eod. (5. 12.) (227.)

Quotiens res aestimatae in dotem dantur, maritur dominium consecutus [12]), summae velut pretii debitos efficitur etc.

§. 3.

Noch bleibt hier eine Frage zu erörtern übrig: ob nämlich in dem Falle, wenn das Guts-Inventarium dem Pachter gegen eine bestimmte Taxation übergeben worden ist, in dieser Uebergabe gewöhnlich ein Kauf desselben mit allen seinen rechtlichen Wirkungen anzunehmen sei, und ob namentlich die Verpflichtung des Pachters hier in der Regel allein in der Erlegung der aestimatio, als Kaufpreis, bestehe; oder ob eine solche Taxation in der Regel bloß zu dem Zwecke geschehe, damit der colonus für die abgegangenen oder verdorbenen Stücke nach vollendeter Pachtzeit andere Stücke von gleichem Werthe nach vorausgegangener Taxation, oder deren Preis so wie er durch die Taxation bestimmt ist, restituire; oder ob endlich dem Pachter in der Regel zwischen dem Einen oder Andern die Wahl frei stehe? —

Das römische Recht entscheidet diese Frage direct durch den oben in Fr. 3. cit. angeführten Ausspruch des Proculus und Pomponius: Si aestimatum instrumentum colonus accipiat id agi, ut instrumentum emptum habeat.

Sobald aber das instrumentum dem colonus gegen eine bestimmte Taxation übergeben worden ist, nimmt das römische Recht nach dieser Stelle bei den beiden Contrahenten ganz im Allgemeinen die Absicht an, daß sie über die einzelnen zum Guts-Inventarium gehörigen Gegenstände einen

12) Die so bestrittene Frage, ob und in wie weit der Ehemann während der Ehe in der Regel abgesehen von der aestimatio Eigenthümer der dos werde, läßt sich hier natürlich nicht näher erörtern, weil sie mit dem Gegenstande der Untersuchung in gar keiner Verbindung steht.

Kaufcontract abschließen wollten; — welcher denn natürlich mit der Tradition das Eigenthum überträgt, den Käufer dagegen zur Erlegung des Kaufpreises in baarem Gelde — aber auch dazu allein — verpflichtet [13]). Diese von den Gesetzen in der Regel vermuthete Absicht, muß nun so lange angenommen werden, bis sich das Gegentheil nachweisen läßt [14]). Das geht auch aus der Gleichstellung des instrumentum

---

13) Ob der Kaufpreis für das instrumentum sogleich, oder erst nach vollendeter Pachtzeit von dem colonus zu entrichten sei, bestimmen die Gesetze bei der Uebergabe des instrumentum aestimatum nicht näher, wohl aber bei den res dotales aestimatae, deren Restitution (in specie oder der aestimatio) natürlich erst nach aufgelös'ter Ehe geschieht, weil der Ehemann während der Dauer der Ehe Eigenthum und die Benutzung der Dotalsachen hat. Bei dem Pachter tritt in Beziehung auf das instrumentum aestimatum nicht ganz dasselbe Verhältniß ein, und es muß sich darum zunächst Alles nach den Verabredungen im einzelnen Falle richten. Doch wird auch nach dieser Verabredung die aestimatio gewöhnlich erst nach vollendeter Pachtzeit zu entrichten sein; wie auch die Hinweisung auf die res dotales aestimatae in Fr. 3. cit. anzudeuten scheint. Ueberhaupt kann in allen den Fällen, in welchen das übergebene Guts-Inventarium selbst nach vollendeter Pachtzeit restituirt, und nur für die abgegangenen Stücke, deren Werth nach der Taxation erlegt werden soll, oder in dem Falle, wenn dem Pachter die Wahl gelassen ist, entweder das Guts-Inventarium selbst oder dessen Werth nach der Taxation zurückzugeben — in diesen Fällen kann immer nur der Zeitpunct der vollendeten Pachtung der Termin für die Zahlung der aestimatio sein.

14) Damit stimmt überein v. Wening a. a. O. Buch III. §. 163. (§. 266.) a. E. Dagegen weichen hier die neueren Gesetzgebungen von den Bestimmungen des römischen Rechts ab: vergl. Preuß. Ld. R. a. a. O. §. 476. 601. ff. Code civil. Art. 1805, 1810, 1811, 1820, 1822, 1826, welche im Allgemeinen die Vorschrift enthalten, daß die Uebergabe der Sachen gegen eine im Pachtvertrag angegebene Schätzung das Eigenthum an denselben nicht übertrage.

aestimatum mit den res dotales aestimatae hervor; denn in den früher angeführten Gesetzesstellen über die dos aestimata wird als der gewöhnliche Zweck dieser aestimatio durchaus nur eine venditio angenommen, (dos venditionis causa aestimata [15]); weshalb auch die richtigere Ansicht der neueren Rechtslehrer dahin geht, daß nach römischem Rechte für die dos venditionis causa aestimata in der Regel die Vermuthung streite [16]).

Fassen wir nun das Resultat des Bisherigen zusammen, so ergiebt sich daraus, daß sowohl nach der Entscheidung von Fr. 3. cit., als nach der Analogie der res dotales aestimatae, der Pachter, wenn nichts Anderes verabredet ist, immer nur zur Erlegung der aestimatio, als Kaufpreis, verpflichtet wird:

argum.: const. 5. C. de jure dotium (5, 12.) (Imp. Alexander. 227.)

Quotiens res aestimatae in dotem dantur, maritus dominium consecutus summae velut pretii debitor efficitur etc.

---

15) Die s. g. dos taxationis causa aestimata setzt nach ausdrücklich sprechenden Gesetzesstellen: const. 1. C. soluto matrimonio (5, 18.) const. 27. C. de jure dotium (5, 12.) Fr. 69. §. 7. D. de jure dotium (23, 3.) voraus, daß nach der aestimatio besonders bedungen werde, daß die Dotalsachen selbst nach aufgelös'ter Ehe restituirt werden sollen. Das geht auch noch deutlicher aus den weiter unten anzuführenden Gesetzesstellen hervor, welche bei der aestimatio im Allgemeinen nur einen Kauf annehmen, und eben so aus der Gleichstellung der res dotales aestimatae mit dem instrumentum aestimatum in Fr. 3. D. locati cit. Weiter kann jedoch die Sache hier nicht erörtert werden, da sie zunächst nicht zum Gegenstand unserer Untersuchung gehört.

16) Glück, a. a. O. Bd. 25. §. 1230 b. vorzügl. S. 30—33. Thibaut, System 2c. (8. Ausg.) §. 340. not. h. v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch 2c. Buch IV. §. 32. (§. 374.) Not. 5. Mackeldey, Lehrbuch 2c. §. 519. a. C. Muehlenbruch, Doctr. Pand. Vol. III. §. 526. Not. 3. §. 534. not 5—7.

Denn auch bei den res dotales aestimatae ist die aestimatio in der Regel der Gegenstand der Restitution; wie in Justinians Compilation direct gesagt wird, und zwar zunächst in der Fortsetzung der eben angeführten const. 5. C.: Si itaque non convenit, ut soluto matrimonio restituerentur (res aestimatae) et jure aestimata sunt: retinebit eas, si pecuniam tibi offerat; sodann noch deutlicher in const. 10. C. de jure dotium (5, 12.) Impp. Dioclet. et Maxim. A. A. Ingenuo. 286.) Cum dotem te aestimatam accepisse profitearis: apparet jure communi per pactum quod doti insertum est formato contractu, ex empto actionem esse. Quis enim dubitet, aestimationem a te mulieri deberi, cum periculo tuo res deteriores fiant, vel augmenta lucro tuo recipiantur, und ebenso in const. 6. i. f. C. de usufructu (3, 33.) (Imp. Alexander A. Stratonicae: quoniam soluto matrimonio restituenda tibi ejus aestimatio fuit.

Dasselbe Resultat geht aber auch indirect daraus hervor, daß die Gesetze bei der alternativen Verpflichtung, entweder die res dotales, oder die aestimatio herauszugeben, eine besondere Verabredung voraussetzen [17], wie Ulpianus in

Fr. 10. §. 6. D. eod. (23, 3.) lib. 34 ad Sabinum.)

Si res in dotem datae fuerint, quamvis aestimatae; verum convenerit, ut aut aestimatio aut res praestentur: si quidem fuerit adjectum, utrum mulier velit, ipsa eliget, utrum malit petere rem, an aestimationem; verum si ita fuerit adjectum, utrum maritus velit, ipsius erit electio: aut si nihil de electione adjiciatur, electionem

---

17) Darauf weis't die const. 5. C. de jure dotium (5. 12.) cit. hin. Dasselbe gilt, wenn die ästimirten Sachen so weit sie nach Auflösung der Ehe noch vorhanden sind, allein restituirt werden sollen, Const. 1. C. soluto matrimonio (5, 18.) Fr. 69. §. 7. D. de jure dotium (23, 3.) Fr. 50. D. eod.

habet maritus, utrum malit res offerre, an pretium earum [18]). Nam et cum illa aut illa res promittitur rei electio est, utrum praestet. Sed si res non extet, aestimationem omnimodo maritus praestabit;

damit stimmt überein Paulus in

Fr. 17. §. 1. D. eod. (lib. 7. ad Sabinum.) Si re aestimata, nuptiae secutae non sint, videndum est, quid repeti debeat: utrum res an aestimatio? Sed id agi videtur, ut ita demum aestimatio rata sit, si nuptiae sequantur: quia nec alia causa contrahendi fuerit [19]): Res igitur repeti debeat, non pretium;

denn auch hier setzt der Jurist nach dem Zusammenhange der Stelle voraus, daß nach Eingang der Ehe überhaupt die aestimatio, als pretium, Gegenstand der Restitution sei (ut ita demum aestimatio rata sit.) [20]).

Diese Ansicht entspricht auch, wie schon bemerkt, allein der Natur des Kaufcontracts, welcher hier vom römischen Rechte supponirt wird. —

Wenn aber auch nach römischem Rechte, wie in dem Bisherigen gezeigt worden ist, bei Uebergabe des instrumentum aestimatum der Pachter des Guts (oder der Käufer des

---

18) Hier war also wohl verabredet: ut aut aestimatio, aut res praestentur; aber über die Frage; wer das Wahlrecht habe, war Nichts bestimmt. In diesem Falle steht dann dem Ehemann die electio zu, wie im Zweifel überhaupt dem debitor bei einer alternativen Verbindlichkeit.

19) Vergl. vorzüglich das schon oben erwähnte Fr. 10. §. 4. F. i. 5 D. h. t. (23, 3).

20) Darum kann man denn auch nicht mit manchen neueren Lehrbüchern z. B. Wening, Buch VI. § 47. (§. 377.) Not. m. Mackeldey, §. 519. Not. k u. a. sagen, daß dem Ehemanne bei Restitution der dos venditionis causa aestimata im Allgemeinen das Wahlrecht zustehe, entweder die Sachen selbst oder deren aestimatio zurückzugeben; vielmehr wird der Ehemann, wenn nichts Anderes verabredet ist, nach den angeführten Gesetzesstellen zunächst die aestimatio zu restituiren haben.

instrumentum) in der Regel nur zur Erlegung des Kaufpreises, der aestimatio, verpflichtet ist, so kann doch natürlich durch besondere Verabredungen der Partien etwas Anderes bestimmt werden; namentlich kommen hier zwei verschiedene Bestimmungen vor; nämlich

1) daß der Pachter (über emtor instrumenti) nach beendigter Pachtzeit einen Viehstand von gleicher Stückzahl und Beschaffenheit, so wie Ackergeräthe von gleichem Werthe auf dem Pachtgute zurücklasse [21]).

Ueber diesen Fall schweigen die oben angeführten Fr. 3. u. 54. §. 2. D. locati; dagegen enthalten die Digesten einige Stellen über die res dotales aestimatae, welche hier zur Anwendung kommen können; nämlich

Fr. 18. D. de jure dotium (23, 3.) Pomponius lib. 14. ad Sabinum.)

Si mancipia in dotem aestimata accepisti, et pactum conventum factum est ut tantidem aestimata divortio facto redderes, manere partum eorum apud te Labeo ait: quia et mancipia tuo periculo fuerint.

Fr. 66. §. 3. D. Soluto matrimonio (24, 3.) Javolenus lib. 6. ex Posterioribus Labeonis Mancipia in dotem aestimata accepisti:) pactum conventum deinde factum est, ut divortio facto tantidem, aestimata redderes: nec de partu dotalium ancillarum mentio facta est: Manebit, inquit Labeo, partus tuus: quia is pro periculo mancipiorum penes te esse deberet. Diese beiden Gesetzesstellen enthalten also gerade für die res dotales aestimatae, einen Fall, welcher hier für das instrumentum aestimatum näher zu untersuchen ist; und sie können ohne Zweifel auf das letztere angewen-

---

21) Diesen Fall nehmen die neueren Gesetzgebungen als den gewöhnlichen an: Preuß. Ld. R. a. a. O. §. 597. ff. §. 601. ff. Oestreich. Ges. B. a. a. O. §. 1109. 1110. vergl. mit §. 518. Code civil. Art. 1821 — 1826.

det werden, da Fr. 3. i. f. D. locati cit. bei dem instrumentum aestimatum auf die res dotales aestimatae hinweis't.

Wie gestaltet sich nun bei einer solchen Verabredung das rechtliche Verhältniß?

Durch die aestimatio ist, wie oben nachgewiesen, ein Kauf abgeschlossen worden, (fit vera venditio; aestimatio venditio est); wenn nun, statt der aestimatio, als Kaufpreis, vermöge der speciellen Verabredung, hier Sachen von gleichem Werth und gleicher Güte (also ebenfalls nach vorhergegangener Taxation [22]) gegeben werden sollen, so hört durch diesen Nebenvertrag das Rechtsgeschäft nicht auf eine emtio zu sein; denn, wenn bei dem Kaufcontract einmal der Kaufpreis bestimmt ist, (wie hier durch die aestimatio) so können, mit Bewilligung des Verkäufers (welche hier eben in der Verabredung liegt,) statt des baaren Geldes auch andere Sachen an Zahlungs Statt gegeben werden, ohne daß dadurch der Contract seinen rechtlichen Character verliert oder ungültig wird; wie Justinian's Compilation ausdrücklich ausspricht, namentlich in einer Stelle des Codex; const. 9. C. de rescindenda venditione (4, 44.) (Impp. Dioclet. et Maxim. A. A. Damitio).

Pretii causa non pecunia numerata sed pro ea pecoribus in solutum consentienti dotis [23]) contractus non constituitur irritus.

Denn ob, wie in dieser const., die Sachen statt des baaren Geldes erst später mit Einwilligung des Verkäufers in solutum gegeben werden, oder ob, wie in unserm Falle das instrumentum aestimatum, die Parteien gleich Anfangs (jedoch nachdem der Kaufcontract durch die aestimatio bereits abgeschlossen war), dahin übereingekommen sind, statt des Kaufpreises Sachen derselben Art und von demselben Werthe

22) Vergl. Code civil. Art. 1817.
23) Pr. J. quibus modis tollitur obligat. [3, 29. (30.)].

nach vorhergehender Schätzung zu substituiren, ändert in der rechtlichen Beurtheilung des Falles Nichts.

Damit stimmt auch im Allgemeinen überein ein Ausspruch des **Paulus** in

Fr. 21. §. 4. D. de A. E. V. (19, 1.) (lib. 33 ad Edictum.)

Si tibi fundum vendidero, ut eum conductum certa summa haberem: ex vendito, eo nomine, mihi actio est, quasi in partem pretii ea res sit!

Hiernach bleibt also auch in diesem Falle das der Uebergabe des instrumentum zu Grunde liegende Rechtsgeschäft ein Kauf; es überträgt demnach auch auf den Käufer (den Pachter des Guts) wirkliches Eigenthum an den zum Inventarium gehörigen Stücken.

2) Aus der vorstehenden Entwicklung wird sich denn auch die Beurtheilung des zweiten Falls ergeben: wenn bei Uebergabe des instrumentum aestimatum verabredet worden ist, daß der Pachter entweder die übergebenen zum Guts-Inventarium gehörigen Gegenstände selbst mit Ergänzung der abgegangenen, und Herstellung der verdorbenen, oder überhaupt ein Guts-Inventarium von gleichem Werthe; oder daß er den durch die Taxation bestimmten Werth des Inventariums zurückgeben solle [24]. Auch hier wird der durch die aestimatio abgeschlossene Kaufcontract durch die nachfolgende Verabredung darüber, ob das pretium in baarem Gelde, oder in Sachen gleicher Art nach vorhergegangener Taxation, oder theils in baarem Gelde, theils in solchen Sachen gegeben werden solle, nicht aufgehoben, noch unwirksam. Er bleibt vielmehr bestehen, über-

---

24) Hier ist also die Verbindlichkeit des colonus eine alternative: entweder das Guts-Inventarium oder dessen durch die Taxation bestimmten Werth zu restituiren, während in dem Falle sub pos. 1. dieselbe eine einfache ist: nämlich Restitution des Guts-Inventariums selbst.

trägt auf den Pachter als emtor instrumenti, das Eigenthum an den zum Guts-Inventarium gehörigen Sachen, und begründet im Gefolge dessen natürlich auch die Verpflichtung, für das periculum rei zu haften.

Ist bei der oben bemerkten Verabredung nicht bestimmt worden: wem das Wahlrecht zwischen den verschiedenen Leistungen (der Rückgabe der übergebenen Sachen, oder der Erlegung der aestimatio etc.) zustehe, so entscheidet dann wieder das schon erwähnte Fr. 10. §. 6. D. de jure dotium; dieses Wahlrecht steht demnach dem Pachter, als debitor bei einer alternativen Verbindlichkeit zu [25]).

25) Die ganze bisherige Entwickelung kann denn auch auf den s. g. contractus socidae angewendet werden, obgleich dieser Contract sich vorzüglich im germanischen Recht genauer ausgebildet hat, wie Mittermaier Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts (4. Ausg.) §. 201. Not. 1. durch historische Zeugnisse nachweist. Uebrigens muß bei diesem Contracte, dessen rechtlicher Character so schwankend ist, daß die Lehrer des deutschen Rechts selbst, verschiedener Ansicht darüber sind.

Runde, deutsches Privatrecht §. 201. Danz, Handbuch zu Runde Bd. 2. §. 201. de Selchow Elementa jur. German. priv. (ed. VII) §. 475. Mittermaier a. a. O. Maurenbrecher, Lehrbuch rc. §. 341. zunächst auf die Verabredung der Contrahenten im einzelnen Falle gesehen, und danach jedesmal in concreto entschieden werden, ob und in wie weit die oben erörterten Grundsätze des römischen Rechts darauf Anwendung leiden können. Auf jeden Fall darf man sich aber bei der Beurtheilung des contractus socidae nach römisch-rechtlichen Grundsätzen nicht allein auf Fr. 3. und 54. §. 2. D. locati stützen, weil diese Gesetze zunächst nur von dem Falle sprechen, in welchem statt des instrumentum aestimatum in der Regel die aestimatio als Kaufpreis gegeben werden soll, während bei dem contractus socidae gewöhnlich ein gleicher Viehstand und gleiches Ackergeräthe auf dem Pachtgut zurückgelassen werden soll. Vergl. über den contractus socidae im Allgem. auch Glück, a. a. O. Bd. 17. S. 490 ff.

Aus der ganzen vorstehenden Erörterung geht nun (um wieder zu dem oben aufgestellten Hauptpunct der Untersuchung zurückzukehren) zur Genüge hervor, daß in diesem ersten Falle (unter A.) nicht in Gefolge einer locatio, sondern vielmehr durch eine wirkliche emtio Eigenthum an dem instrumentum auf den colonus übergeht, weil das Rechtsgeschäft in Beziehung auf das Guts-Inventarium ein reiner Kauf ist, während es in Beziehung auf das Gut selbst eine einfache locatio mit allen allgemeinen Grundsätzen über diesen Contract bleibt.

§. 4.

Es könnte hiernach zur Vollständigkeit der Erörterung nur noch die Frage zu beantworten sein: ob dem römischen Rechte solche gemischte Contractsverhältnisse überhaupt, und namentlich solche Verbindungen zwischen Kauf und Miethe nicht fremd gewesen seien? Auch diese Frage läßt sich ohne Schwierigkeit lösen durch Verweisung auf

Gajus Lib. III. §. 146.

Item si gladiatores ea lege tibi tradiderim, ut in singulos, qui integri exierint, pro sudore denarii XX. mihi darentur; in eos vero singulos, qui occisi aut debilitati fuerint, denarii mill: quaeritur, utrum emptio et venditio, an locatio et conductio contrahatur, et magis placuit, eorum qui integri exierint, locationem et conductionem contractam videri; at eorum, qui occisi aut debilitati sunt, emptionem et venditionem esse: idque ex accidentibus apparet, tamquam sub condicione, facta cujusque venditione aut locatione; etc.

namentlich wenn man mit diesem §. den unmittelbar darauf folgenden §. 147. vergleicht:

---

und die daselbst Not. 35 — 36 ff. allegirten Schriftsteller. Die hierher gehörigen Stellen der neueren Gesetze sind schon oben §. 2 i. A. angegeben worden.

Item quaeritur, si cum aurifice mihi convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae anulos mihi faceret, et acciperet verbi gratia denarias CC, utrum emptio et venditio, an locatio et conductio contrahatur. Cassius ait, materiae quidem emptionem venditionem contrahi, operarum autem locationem et conductionem. Sed plerisque placuit, emptionem et venditionem contrahi. Adqui si meum aurum ei dedero, mercede pro opera constituta, convenit, locationem conductionem contrahi.

Denn wenn gleich der in diesem §. enthaltene Fall von den meisten Juristen und in Justinians Compilation [26]) als ein einfacher Kaufcontract betrachtet, und die Ansicht des **Cassius**, welcher ein aus Kauf und Miethe gemischtes Contractverhältniß annahm, verworfen wird, so zeigt doch auch diese Stelle von **Gajus**, daß die Idee gemischter Contractsverhältnisse dem Geiste des römischen Rechts überhaupt nicht fremd war, da **Gajus** in §. 146. cit. ein solches gemischtes Verhältniß unbedenklich annimmt, und die Digesten durch **Fr. 3. D.** locati cit. dasselbe gerade bei der locatio eines Guts mit der Uebergabe des **instrumentum aestimatum** ausdrücklich anerkennen.

§. 5.

Wir wenden uns nun zu dem zweiten Falle, in welchem man eine s. g. locatio irregularis annimmt, nämlich

B. wenn fungible Sachen, als solche, zum Verarbeiten, zum Transport und dergl. übergeben werden [27]). Hier stützt man sich vorzüglich auf die schon oben vorübergehend erwähnte Digestenstelle aus

26) §. 4. J. h. t (3, 25.) Fr. 2. §. 1. D. h. t. (19, 2.) Vergl. auch Oestreich. Ges. B. a. a. O. §. 1158.

27) Nach den neueren Gesetzgebungen geht hier auf den Empfänger der Sache das Eigenthum an derselben nicht über; dagegen richten sie sich im Allgemeinen nach den Bestimmungen des römischen Rechts: Oestreich. Ges. B. a. a. O. Thl. II. Hauptstück XXVI. §. 1151 — 1159. Code civil. Art. 1782, 1787. ff.

den Schriften des Juristen Alfenus [28]), welche vorzüglich die Veranlassung zur Aufstellung zweier Arten der locatio — regularis und irregularis s. anomala — gegeben hat. Diese berühmte Gesetzesstelle lautet:

Fr. 31. D. h. t. (19, 2.) (Alfenus lib. 5. Digestorum a Paulo Epitomatorum [29]).

In navem Saufeii cum complures frumentum confunderant, Saufeius uni ex his frumentum reddiderat de communi, et navis perierat. Quaesitum est, an ceteri pro sua parte frumenti, cum nauta agere possunt oneris aversi actione [30])? Respondit, rerum locatarum duo genera esse: ut aut idem redderetur, sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur: aut ejusdem generis redderetur, veluti cum argentum pusulatum fabro daretur ut vasa fiernet: aut aurum, ut anuli: ex superiore causa rem domini manere: ex posteriore, in creditum iri. Idem juris esse in deposito: [31]) nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset ut neque clusam, neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliut eum debere, apud quem deposita esset, nisi tantundem pecuniae

---

28) Fr. 31. D. h. t. (19, 2.)

29) Ueber diese Gesetzesstelle überhaupt, so wie namentlich über verschiedene Lesarten bei derselben, welche jedoch alle den Sinn nicht wesentlich verändern, vergl. Bynkershoek, Observat. jur. Rom. Lib. VIII. cap. 1 — 8. Hier befolgt der Verf. den Text der Gebauer-Spangenberg'schen Ausgabe des Corp. jur. civ.

30) Ueber diese Klage vergl. im Allgem. Bynkershoek l. c. cap. 3 und 7.

31) Die näheren Bestimmungen über dieses s. g. depositum irregulare können hier nicht angegeben werden; nur das ist hervorzuheben, daß dieser Vertrag nach Fr. 31. cit. mit der s. g. locatio irregularis in so fern übereinstimmt, als bei beiden Eigenthum an den übergebenen Sachen übertragen wird, und der Empfänger nur zur Restitution in genere verpflichtet ist. Vergl. im Allg. Neustetel in seinen und Zimmern's Römischrechtlichen Untersuchungen. Nr. I.

solveret:[32]) secundum quae videri triticum factum Saufeii, et recte datum. Quod si separatim tabulis, aut heronibus, aut in alia cupa clusum unius cujusque triticum fuisset, ita ut internosci posset quid cujusque esset, non potuisse nos permutationem facere, sed tum posse eum, cujus fuisset triticum, quod nauta solvisset, vindicare: et ideo se improbare actiones oneris aversi: quia sive ejus generis essent merces, quae nautae traderentur, ut continuo ejus fierent, et mercator in creditum iret, non videretur onus esse aversum, quippe quod nautae fuisset: sive eadem res, quae tradita esset, reddi deberet, furti esse actionem locatori, et ideo superfacuum esse judicium oneris aversi. Sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit conductorem culpam dumtaxat debere: nam in re, quae utrius que causa contraheretur culpam deberi, neque omnimodo culpam esse, quod uni reddidisset exfrumento: quoniam alicui primum reddere eum necesse fuisset, tametsi melioren ejus condicionem faceret, quam ceterorum.

Wenn man aus dieser Digestenstelle eine doppelte Art der locatio abgeleitet hat, so übersieht man gewöhnlich, daß darin nicht gesagt: duo genera locationis esse, sondern vielmehr: rerum locatorum duo genera esse[33]); es können bei einem Miethvertrag Sachen von zweierlei Art Gegenstand des Contracts sein: fungible, oder nicht fungible. — Und nun entwickelt Alfenus in der Gesetzesstelle weiter die Natur des Rechtsverhältnisses, welches sich bei diesen Sachen, ihrem allgemeinen rechtlichen Character entsprechend ergiebt. Dabei schließt sich der Jurist, wie dem Verf. scheint,

32) Vergl. im Allg. Fr. 1. §. 34. Fr. 24. 25. §. 1. Fr. 26. §. 1 Fr. 28, 29. §. 1. D. depositi (16, 3.) const. 3, 12. C. eod. (4, 34.) mit Fr. 9. §. 9. Fr. 10. D. de rebus creditis (12, 1).

33) Vergl. auch H. Donell, Commentar. Jur. civil. (ed. Koenig et Bucher.) Lib. XIII. cap. 9. Bynkershoek, l. c. cap. 4. i. f.

ganz treu an die allgemeinen Grundsätze über fungible und nicht fungible Sachen an, und bestimmt das Resultat so, wie es mit Nothwendigkeit aus der Natur dieser beiden Gattungen von Sachen sich ergeben muß. Sind nämlich nicht fungible Sachen Gegenstand des Miethvertrags wie Kleidungsstücke, welche dem Walker (fullo) zum Reinigen und Herstellen übergeben werden 2c. so müssen sie natürlich in specie zurückgegeben werden [34]); denn der fullo erwirbt bekanntlich an diesen Gegenständen kein Eigenthum, sondern eine bloße detentio [35]). Sind dagegen in Gefolge des Miethvertrags fungible Sachen als solche d. h. ohne Rücksicht auf die übergebene species tradirt worden, wie Getreide, gereinigtes geschmolzenes Silber, Gold und dergl. [36]), so liegt es in der Natur dieser Sachen, daß sie nicht in specie, sondern nur in genere restituirt zu werden brauchen: quia in genere suo magis functionem recipiunt per solutionem quam specie [37]), während umgekehrt bei nicht fungiblen Sachen der Grundsatz gilt: aliud pro alio invito creditori solvi non potest [38]). Wenn aber die res quae pondere, numero, mensura consistunt hier in Beziehung auf die Rückgabe nur als genus, nicht aber als species in Betracht kommen, so fragt sich: in welches Verhältniß treten diese Sachen zu demjenigen, welchem sie übergeben sind? — Hier wäre ein doppelter Gesichtspunct möglich: entweder erwirbt der Empfänger an der Substanz der Sache gar kein Recht, sondern nur eine detentio; oder er wird Eigenthümer der-

34) Fr. 13. §. 6. D. h. t. Bynkershoek, l. c. cap. 6. i. f.

35) Fr. 9. i. f. D. de R. V. (6, 1.) Fr. 33. i. f. D. de usurpat. et usucap. (41, 3).

36) Anders freilich gestaltet sich das Verhältniß, wenn auf die übergebene species als solche Rücksicht genommen ist: vergl. Fr. 34. pr. D. de auro argento legato 34, 2.) s. weiter unten.

37) Fr. 2. §. 1. D. de rebus creditis (12, 1).

38) Fr. 2. §. 1. i. f. D. eod. Gajus III. §. 168. pr. J. quibus modis tollitur obligat. [3, 29 (30.)]

selben. Wäre das Erstere, so müßte er dieselbe in specie restituiren, weil ihm eben daran kein dingliches Recht zustände. Das würde aber der Natur fungibler Sachen nicht entsprechen: quia in genere suo (magis) functionem recipiunt per solutionem, quam specie. Es bleibt darum nur das Letztere übrig, weil der Empfänger, um die übergebene Sache mit andern gleicher Art vertauschen zu können, ein Recht an deren Substanz, d. h. Eigenthum, haben muß. So urtheilt auch Alfenus in Fr. 31. cit., indem er sagt: secundum quae videri triticum factum Saufeii, et recte datum; welche Ausdrücke bekanntlich die Uebertragung des Eigenthums bezeichnen.

Geht das Eigenthum hier aber in Gefolge einer locatio conductio über? — Dagegen spricht die ganze Natur des Miethcontracts [39]); dagegen spricht auch, wie dem Verf. scheint, aufs Bestimmteste das Fr. 31. cit., indem Alfenus sagt: ex posteriore causa in creditum iri; und weiter unten: ut continuo ejus fierent, et mercator in creditum iret. Der Ausdruck in creditum ire bezeichnet im römischen Rechte den Realcontract des mutuum [40]), wie man allgemein anerkennt. Will man aber das creditum, als Gattungsbezeichnung, vom mutuum als species, unterscheiden, so bestimmt Paulus

Fr. 2. §. 3. D. de rebus creditis (12, 1.) (lib. 28. ad Edict.)

diesen Unterschied dahin:

Creditum ergo a mutuo differt, quo genus a specie: nam creditum consistit extra eas res, quae pondere numero, mensura continentur [41]) sicut, si eandem

39) Man könnte hier wörtlich das von der locatio conductio behaupten, was Papinianus in Fr. 24. D. depositi (16, 3.) von dem depositum sagt: verb. nam si, ut tantundem solveretur convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos.

40) Tit. Dig. de rebus creditis (12, 1).

41) Fr. 1. §. 2. D. de O. et H. (44, 7).

rem recepturi sumus, creditum est. Item mutuum non potest esse, nisi proficiscatur pecunia: creditum autem interdum, etiamsi nihil proficiscatur, veluti si post nuptias dos promittatur. Daß aber hier der Ausdruck pecunia nur für fungible Sachen überhaupt gebraucht wird [42]), dafür spricht theils die allgemeine Bedeutung des Worts pecunia [43]) theils zeigt dies der §. 1. derselben Digestenstelle:

Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere, numero, mensura consistunt [44]), quoniam eorum datione possumus in creditum ire etc.

Die Voraussetzungen eines mutuum wären also hier vollständig vorhanden: fungible Sachen, welche in das Eigenthum des Andern übergehen, mit der Verpflichtung dieselben in genere zu restituiren [45]).

Dennoch nimmt man hier, namentlich auf den Vorgang von Cujacius [46]), kein wirkliches mutuum an; — und in der That sind auch wichtige Gründe gegen ein einfaches mutuum vorhanden! Dieses würde allein zur Rückgabe einer gleichen Quantität Getreide an dem Orte der Hingabe, eines gleichen Gewichts an gereinigtem Silber, oder an Gold verpflichten; hier aber soll das Getreide erst an den bestimmten Ort transportirt, das Silber, das Gold soll verarbeitet, und in der neuen Form dem Uebergebenden restituirt

---

42) Vergl. Fr. 30. pr. D. de legatis I. (30).

43) Fr. 178. 222. 5. pr. D. de V. S. (50, 16.) Fr. 32 i. f. D. ad Sctum Trebell. (36, 1.) Gajus III. §. 124. i. f.

44) Wie dies noch genauer Gajus III. §. 90. durch Beispiele erläutert. Vergl. auch im Allg. Gajus eod. §. 124.

45) § 2 J. quibus modis re contrahitur obligat. (3, 14. (15.) Fr. 1. §. 2. D. de O. et A. (44, 7).

46) Observat. Lib. VII. cap. 39. verb. — in creditum itur, id est, mutuum quodam genere contrahitur. Non ausim dicere mutuum absolute propterea quod operae merces intercedit: quam ob rem locatio conductio potius est, ex qua dominium mutatur. Bynkershoek l. c. cap. 4. Glück, a. a. O. Bd. 15. S. 167.

werden; dazu soll der Empfänger für seine Bemühung bei dem Transport, oder der Verarbeitung eine merces erhalten — was Alles bei einem einfachen mutuum nicht vorkommen kann, sondern vielmehr bei einer locatio conductio. Darum unterdrückt man denn hier in der Regel das mutuum ganz, und läßt nur die locatio bestehen, wie eben Cujacius l. c. Aber heißt dies nicht zu einem Extrem übergehen? Wenn das Vertragsverhältniß kein einfaches mutuum sein kann, was berechtigt uns, gegen die ausdrücklichen Worte des Gesetzes, und die Natur des Rechtsgeschäfts die locatio auf Kosten des mutuum allein zu berücksichtigen? Haben etwa die Grundsätze des Miethvertrags eine stärkere gesetzliche Wirkung, als die des Darlehns?

Ebenso geht man aber auch im entgegengesetzten Sinne zu weit, wenn man behauptet [47]), die locatio conductio nehme hier die Natur eines mutuum an.

Leicht läßt sich dagegen den Worten des Gesetzes, sowie den allgemeinen Grundsätzen genügen, wenn man weder das Darlehn durch die Miethe, noch diese durch jenes absorbirt werden, sondern beide Verträge neben einander bestehen läßt, indem man hier ein aus mutuum und locatio gemischtes Rechtsverhältniß annimmt, in der Art: Ist die fungible Sache dem Empfänger übergeben worden, so entsteht daraus in so ferne ein mutuum, als der Empfänger Eigenthümer wird, das periculum trägt, und das Empfangene in genere restituirt; da aber nach dem hier in Frage kommenden Verhältniß noch der Transport, oder die Verarbeitung der res quae pondere, numero, mensura consistunt, hinzu kommt, so liegt darin auch noch eine locatio, bei welcher die allgemeinen Grundsätze dieses letztern Vertrags wieder in so ferne Anwendung leiden, als der Empfänger für den richtigen Transport der Sachen für die ge-

47) Vergl. Mackeldey, Lehrbuch rc. §. 381. a. E. u. Not. g.

hörige Verarbeitung des Stoffs bei Ablieferung des bestellten Gegenstands eine merces in Anspruch nehmen kann.

Für diese gleichzeitige Existenz der locatio neben dem mutuum spricht sowohl die Stellung des Fr. 31. pr. in dem Titel locati conducti, als der ganze Zusammenhang des Gesetzes, und namentlich die Worte gegen das Ende: conductorem culpam dumtaxat debere. —

So ist die Sache, wie dem Verf. scheint, vollständig erklärt, ohne Widerspruch mit allgemeinen Grundsätzen, vielmehr der Natur der beiden hier in Frage kommenden Contractsverhältnissen im Allgemeinen entsprechend; nur mit einer einzigen Modification, welche durch das Zusammentreffen des mutuum mit der locatio mit Nothwendigkeit erheischt wird, nämlich, daß das Eigenthum an den res quae pondere numero vel mensura consistunt auf den Empfänger übergeht. in so ferne könnte man denn sagen, die Miethe werde durch das Darlehn etwas beschränkt [48]).

Zur Erklärung des Fr. 31. cit. ist jedoch noch Folgendes hinzuzufügen:

Oben wurde der Fall angenommen, daß die res quae pondere numero mensura consistunt als solche dem Empfänger übergeben worden seien, im Gegensatz von nicht fungiblen Sachen, bei welchen es auf die species ankommt. Nicht fungible Sachen sind aber nicht blos solche, welche an

48) Eine solche Concurrenz verschiedener Begründungsarten von Rechten, ist dem R. R. überhaupt nicht fremd. Als ein weiteres Beispiel aus der Lehre vom Eigenthum möge hier das Finden des Schatzes auf fremdem Grund und Boden dienen, bei welchem eigentlich zwei Erwerbsarten des Eigenthums: Occupation von Seiten des Finders, und eine der accessio ähnlichen Erwerbungsart von Seiten des dominus fundi collidiren, welche eigentlich beide ausschließliches Eigenthum begründen, durch ihr Zusammentreffen aber sich gegenseitig beschränken, so daß hier von beiden Personen eine jede nur Eigenthum an der Hälfte des gefundenen thesaurus erhält. Vergl. des Verf. Versuche im Gebiete des Civilrechts. Thl. 1. Abh. III. §. 2. a. E.

sich, ihrer natürlichen Beschaffenheit nach, gewöhnlich nur als species in Betracht kommen, sondern auch fungible Sachen, welche im einzelnen Falle nach der Absicht der Contrahenten als species gelten sollen, z. B. Getreide, welches in Säcken, Kisten und dergl. verschlossen ist rc. wie Fr. 31. cit. ausdrücklich angiebt; ebenso eine bestimmte Quantität Gold, Silber, welches dem Empfänger in der Absicht übergeben wird, damit er gerade dieses übergebene Stück Metall verarbeite; wie Pomponius in einer andern Digestenstelle [49]) so bestimmt sagt.

In diesem Falle ist nicht ein aus mutuum und locatio gemischtes Rechtsverhältniß, sondern ein ganz einfacher Miethvertrag vorhanden, gerade wie bei den Sachen, welche ihrer Natur nach zu den nicht fungiblen gehören [50]). Darum erwirbt hier der Empfänger kein Eigenthum an der übergebenen species, er darf sie nicht vertauschen, sondern muß sie selbst restituiren; und erhält nur einen Anspruch auf eine merces für seine Arbeit:

Fr. 31. cit. verb. non potuisse nos permutationem facere, sed tum posse eum, cujus fuisset triticum, quod nauta solvisset, vindicare etc. und Pomponius in dem schon erwähnten.

Fr. 34. pr. D. de auro, argento legato (34, 2.) (lib. 9 ad Quintum Mucium.) verb. si autem dederit (aurum aurifici), ita ut ex eo auro aliquid sibi faceret: nam tunc, licet apud aurificem sit aurum, dominium tamen non mutavit; manet tamen ejus, qui dedit, et tantum videtur mercedem praestaturus pro opera aurifici [51]).

---

49) Fr. 34. pr. D. de auro, argento legato. (34, 2).

50) Bynkershoek, l. c. cap. 6.

51) Vergl. auch Gajus III. §. 147. i. f. §. 4. i. f. J. h. t. (3, 24. (25.) Fr. 2. §. 1. i. f. D. h. t. 19, 2.) In diesen Stellen, welche aus den Werken von Gajus entlehnt sind, ist zwar nicht so deutlich, wie in Fr. 34. pr. cit. von Pomponius gesagt, daß gerade aus dem übergebenen Gold oder Silber ein corpusculum verfertigt werden soll; es ergiebt sich aber dieß unzweifelhaft aus

§. 6.

Mit dem bisher erläuterten Fr. 31. D. h. t. cit. läßt sich noch die andere, schon theilweise angeführte Stelle aus den Werken des Pomponius verbinden, um daraus einen weiteren Beleg für die hier vertheidigte Ansicht eines gemischten Rechtsverhältnisses in allen den Fällen zu finden, in welchen bei Gelegenheit einer locatio Eigenthum auf den Empfänger der Sache übergeht. Pomponius wendet sich nämlich in Fr. 34. pr. 1. f. D. de auro argento legato (34, 2.) cit., nachdem er zuvor von dem Falle gesprochen, wenn Jemand dem Goldarbeiter Gold in der Absicht übergeben hat, ut ex eo auro aliquid sibi faceret (wie am Schlusse des vorigen §. näher angegeben worden ist) zu dem entgegengesetzten Falle:

---

den Worten: si meum aurum dedero, si suum aurum Titius dederit etc. in Verbindung mit den unmittelbar darauf folgenden Worten: mercede pro opera constituta; denn daraus geht hervor, daß bei der Uebergabe des Metalls nur über den Arbeitslohn unter den Contrahenten eine Verabredung Statt gefunden hat, wie dies Pomponius in Fr. 34. pr. cit. wieder deutlicher ausdrückt: et tantum videtur mercedem praestaturus pro opera aurifici; und daß darum nach dem ganzen Zusammenhang das übergebene Stück Metall selbst verarbeitet oder umgearbeitet werden soll. Anders verhält sich die Sache in dem von Alfenus in Fr. 31. cit. angegebenen Falle, wenn überhaupt eine gewisse Quantität zusammgeschmolzenes, gereinigtes Silber oder Gold, dem Gold- oder Silberarbeiter bei Bestellung einer Arbeit übergeben wird. Hier kommt die übergebene Sache in ihrer ursprünglichen Bedeutung als res quae pondere consistit in Betracht; denn gereinigtes Silber (argentum pusulatum), Gold ꝛc. ist sich überall gleich: der Uebergebende hat darum auch kein wahres rechtliches Interesse daran, daß gerade das übergebene Stück zu der bestellten Arbeit verwendet werde, wenn dieselbe nur aus gleich reinem und gutem Silber gefertigt wird. Doch kann natürlich verabredet werden, daß die übergebene Masse von argentum pusulatum selbst in specie verarbeitet werde; eine solche Absicht bei der Uebergabe des Stoffs, wird aber hier nicht im Allgemeinen vermuthet, weil eben ein wahres rechtliches Interesse dafür fehlte.

Quod si aurum dedit aurifici ut non tamen [52]) ex eo auro fieret sibi aliquod corpusculum, sed ex alio; tunc quatenus dominium transit ejus auri ad aurificem quippe quasi permutationem fecisse videatur etc.

Auch hier geht also auf den Empfänger (den aurifex) das Eigenthum an der übergebenen Sache nicht durch eine locatio über, sondern wie Pomponius ausdrücklich bemerkt, durch ein Vertragsverhältniß, welches seiner Natur nach das Eigenthum überträgt: quippe quasi permutationem fecisse videatur. Alfenus in fr. 31., wie Pomponius in Fr. 34. pr. cit., stimmen demnach, mit der hier vertheidigten Ansicht vollkommen überein. Daß aber Pomponius neben der Eingehung einer s. g. quasi permutatio auch noch ein Miethverhältniß hier angenommen hat, geht aus dem Zusammenhange der ganzen Stelle, und namentlich aus den Worten des Vordersatzes hervor: et tantum videtur mercedem praestaturus pro opera aurifici. Denn das Ausbedingen einer merces muß auch nach dem genauen Zusammenhange der beiden Sätze in dem letztern angenommen werden. Ebenso sprechen dafür die Worte: quippe quasi permutationem fecisse videatur, welche andeuten, daß hier ein reines oder einfaches Tauschverhältniß [53]) allerdings nicht vorhanden ist, weil nicht blos gegen Hingabe einer Sache eine andere dagegen zum Eigenthum gegeben wird, sondern noch die Verarbeitung des Goldes von der einen, so wie die Zahlung der merces von der andern Seite dazu kommen muß; was nur in Gefolge einer locatio conductio geschehen kann. Pomponius giebt dies nicht näher an, sonder spricht hier ganz allgemein, während Alfenus in Fr. 31. cit. das Verhältniß schon genauer zergliedert. Dagegen dient auch Pomponius, wie schon oben bemerkt, zum Beleg des hier verthei-

52) Vulg. „tantum“ Gebauer-Spangenberg h. l. not. 22.
53) Vergl. Titt. de rerum permutatione (Dig. 19, 4. Cod. 4, 64.)

digten Grundsatzes, weil er ausdrücklich nur in Gefolge einer das Eigenthum gewöhnlich übertragenden permutatio den aurifex Eigenthümer des übergebenen Goldes werden läßt. Daß diese permutatio ein anderer Vertrag ist, als das von Alfenus angenommene mutuum, widerspricht unsere Ansicht nicht, weil diese nur dahin geht, daß nicht die locatio den Eigenthumserwerb begründe. Uebrigens hat offenbar die Verschiedenheit des Falles in Fr. 34. pr. cit. von dem Falle des Alfenus in Fr. 31. cit. zur Annahme eines andern Contractsverhältnisses Veranlassung gegeben. Denn Pomponius setzt in Fr. 34. pr. den Fall, daß bei Uebergabe des Goldes ausdrücklich verabredet worden: ut non tamen ex eo auro fieret sibi aliquod corpusculum, sed ex alio, während Alfenus den Fall vor Augen hat, daß überhaupt argentum pusulatum ohne alle weitere Verabredung übergeben worden ist. Nach dem Gesichtspuncte des Pomponius durfte also der aurifex nicht einmal das übergebene Gold verarbeiten [54]), während nach dem des Alfenus dies allerdings in dem Willen des Gold- oder Silberarbeiters stand. — In dem Falle des Pomponius waren demnach wirklich die Elemente eines Tauschverhältnisses vorhanden; wie folgendes Beispiel für denselben zeigen wird: Ich übergebe eine kleinere Quantität reinen Goldes dem aurifex, damit dieser zur bestellten Arbeit eine größere Quantität minder reinen Goldes, jedoch von gleichem Werthe, wie das übergebene, verwende; oder umgekehrt: wenn ich gegen eine größere Quantität minder reinen Goldes, eine geringere aber reinere Quantität, von gleichem Werthe mit dem übergebenen Metalle, verarbeitet wünsche; — aber man könnte den Fall auch noch dahin ausdehnen, daß bei der Uebergabe einer gewissen Quantität

---

54) Wenn man wenigstens, wie hier geschieht, die Lesart der Florentina „non tamen" befolgt, welche von der lectio vulgata „non tantum" schon nach dem Zusammenhange der Gesetzesstelle den Vorzug verdient.

Goldes die Verarbeitung einer größeren Quantität Silbers, oder eines andern geringeren Metalls von gleichem Werthe bedungen werde; und so fort. Alle diese Fälle sind von dem des Alfenus in Fr. 31. cit. wesentlich verschieden, da in diesem überhaupt nur irgend eine Quantität reinen Silbers oder Goldes dem aurifex, übergeben, und ihm dabei die Wahl gelassen wird, dieses übergebene Material, oder anderes von gleicher Quantität und Qualität zu verarbeiten.

§. 7.

Noch bleibt die Erklärung einiger Gesetzesstellen übrig, welche sich für die Behauptung anführen ließen, daß durch eine locaito conductio Eigenthum übertragen werden könne: zunächst

Fr. 22. §. 2. D. h. t. (19, 2.) Paulus lib. 34. ad Edict).

Cum insulam aedificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transfert, et tamen locatio est: locat enim artifex operam suam i. e. faciendi necessitatem [55]).

Diese Stelle läßt sich aber wohl dadurch ohne besondere Schwierigkeit beseitigen, daß man hier annimmt, das eigentliche Material; d. h. der Grund und Boden, als Hauptsache, rühre von dem Besteller her, und durch die Verbindung mit der area gingen denn die Baumaterialien, als accessorium, in das Eigenthum des dominus rei principalis über. Das wird ganz deutlich von Ulpianus in Fr. 39. pr. D. de R. V. (6, 1.) (lib. 17. ad Edict.) gesagt:

Redemptores, qui suis caementis aedificant, statim caementa faciunt eorum, in quorum solo aedificant [56]). Daß das solum, worauf das Haus gebaut werden soll, dem Bausteller gehöre, ist zwar nicht ausdrücklich in dem Gesetze gesagt; allein es geht schon aus den Worten: ut sua impensa conductor omnia faciat hervor, nach welchen der conductor

---

55) Vergl. Bynkershoek l. c. cap. 4.
56) Fr. 7. §. 10. D. de adquir. rer. domin. (41, 1.)

doch nur seine Arbeit (die Aufführung des Hauses) und was zu dieser seiner Thätigkeit nöthig ist, auf eigne Kosten bestreitet. Alles, was zu dieser Arbeit aber nicht verwendet wird, nach dem argumentum a contrario, auch nicht von ihm herrührt.

Denn hätte der Bauunternehmer auch den Grund und Boden zu dem Gebäude gegeben, so könnte man dieß doch nicht zu dem sua impensa facere rechnen; und ebenso wenig könnte dann Paulus am Schlusse der Stelle sagen: locat enim artifex operam suam, i. e. faciendi necessitatem, da der Grund und Boden doch nicht zunächst zu der faciendi necessitas oder zu der opera gehört, wenn er auch für das Dasein des Hauses unentbehrlich ist. Für das Gesagte beweisen denn auch viele andere Gesetzesstellen, welche mit Bestimmtheit den Grundsatz aussprechen, daß das Contractsverhältniß, wenn das Material von dem conductor (d. h. hier dem, der die merces für die opera empfängt) herrührt, nicht, wie Paulus in Fr. 22. §. 2. annimmt, eine locatio conductio, sondern vielmehr eine emtio venditio ist[57]; und namentlich dient als Beleg eine Stelle von Poponius, welche in doppelter Beziehung hierher paßt:

Fr. 20. D. de contrahenda emptione (18, 1.) (lib. 9 ad Sabinum).

Sabinus respondit, si quam rem nobis fieri velimus, veluti statuam, vel vas aliquod, seu vestem, ut nihil aliud, quam pecuniam daremus, emptionem videri: nec posse ullam locationem esse, ubi corpus ipsum non datur ab eo cui id fieret: aliter, atque si aream darem, ubi insulam aedificares, quoniam tunc a me substantia proficiscatur.

Denn darin ist eines Theils ausdrücklich gesagt, daß nie eine locatio vorhanden sein könne, wenn das corpus ipsum

57) Gajus III. §. 147. §. 4. J. h. t. (3, 24.) (25.) Fr. 2. § 1. D. h. t. (19, 2.) Fr. 65. D. de contrahenda emtione (18, 1).

nicht von dem Besteller herrühre, und andern Theils bei dem Bau eines Hauses der Grund und Boden, als die eigentliche substantia bezeichnet.

Wollten wir noch das am Anfange dieses Gesetzes angeführte Beispiel eines Kleides auf den Schlußsatz der Stelle anwenden, so würde sicher auch dann, wenn ich dem Schneider Tuch zu einem Kleide übergebe, dieser aber die Knöpfe, das Futter und anderes Zubehör geliefert hat, das Contractsverhältniß immer eine locatio conductio bleiben, obgleich dieses Zugehör in mein, des Bestellers, Eigenthum übergeht. Denn die eigentliche substantia, der Hauptbestandtheil (das Tuch), rührt von mir her, und nach diesem bestimmt sich die Natur des Rechtsgeschäfts, nicht aber nach dem accessorium, welches seinem principale von Rechtswegen folgen muß.

Nach den bisherigen Ausführungen kann man wohl behaupten, daß Paulus in Fr. 22. §. 2. cit. mit der hier vertheidigten Ansicht nicht im Widerspruche steht; dagegen scheint auf der andern Seite dem Verf. dieses Gesetz wieder einen bestimmten Beleg für seine Ansicht zu enthalten. Eigenthum an dem Baumaterial geht nach dieser Gesetzesstelle auf den Besteller über, weil von ihm der Hauptbestandtheil (die area) herrührt, nach welchem die rechliche Natur des Vertrags allein sich richtet. Dennoch hebt der so scharfe Paulus die Sache als etwas besonders hervor in den Worten: proprietatem quidem ad me transfert, et tamen locatio est. Käme etwas der Art öfters vor — und daß müßte der Fall sein, wenn wir die s. g. locatio irregularis der neuern Doctrin gelten lassen wollten [58]) — so würde wohl Paulus

58) Das bestätigt Bynkershoek l. c. cap. 4. i. f. verb. Et hoc genus (i. e. locatio anomala) adeo frequens est in locationibus operarum, ut eo, ni fallor, respiciens Javolenus in l. 55. D. de O. et A. conductionem retulerit ad contractus, ex quibus dominium transfertur.

diesen Fall, der nicht einmal von den allgemeinen Grundsätzen abweicht, sondern nur eine scheinbare Ausnahme enthält, wohl schwerlich in der Art hervorgehoben haben; nimmt man aber an, daß nach römischem Rechte niemals durch eine locatio conductio Eigenthum übertragen werden kann, so hatte der Jurist wohl einen vollwichtigen Grund, hier auf die, auch nur scheinbare, Ausnahme besonders aufmerksam zu machen. Doch würde der Verf. auf dieses letzte Argument, wenn es allein stände, kein besonderes Gewicht legen, in Verbindung mit den früher entwickelten erscheint es aber nicht ohne Bedeutung. —

Ein weiterer Einwand [59]) gegen die hier aufgestellte Behauptung, daß der Miethcontract nie eine Uebertragung des Eigenthums bewirken könne, wird noch entlehnt aus

Fr. 55. D. de O et A. (44, 7.) (Jvolenus lib. 12. Epistolarum.)

In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet, effectus ex utraque parte contrahentium: nam sive ea venditio, sive donatio sive conductio, sive quolibet alia causa contrahendi fuit nisi animus utriusque consentit perduci ad effectum id [60]) quod inchoatur, non potest.

Hier zählt Javolenus unter den Verträgen, welche Eigenthum übertragen, auch die conductio auf. Allein dieses Gesetz ist aus mehrfachen Gründen ohne Gewicht. Denn für's Erste fehlen die Worte „sivi conductio" in manchen Manuscripten ganz [61]); und dann würde die Stelle, auch wenn man diese beiden Worte in den Text aufnehmen wollte, den-

---

59) Bynkershoek, l. c. cap. 4. i. f. s. die vorhergehende Note. Glück, Commentar rc. Bd. 15 S. 168 Note 56.

60) In manchen Ausgaben des Corp. jur. civ. fehlt das Wort „id." Gebauer - Spangenberg lies't: „in quod." Diese Varianten entscheiden für den Sinn des Gesetzes Nichts.

61) Vergl. Gebauer-Spangenberg h. l. not. 15. Auch Dionysius Gothofredus schließt in seiner Ausgabe in Corp. jur. diese Worte, um das Gesagte anzudeuten, in Klammern ein.

noch Nichts bedeuten, denn, indem dieselbe die conductio mit den Verträgen gleichstellt, welche in der Regel Eigenthum übertragen, wie Kauf und Schenkung, beweis't sie offenbar zu Viel, und dadurch eben — Nichts. Wohl aber läßt sich nicht ohne Wahrscheinlichkeit annehmen, daß die Worte „sive conductio" von einem unwissenden Abschreiber eingeschoben sind, welcher bei der Erwähnung der venditio auch die so oft in Verbindung mit derselben in den Gesetzen genannte conductio gedankenlos dazu schrieb [62]).

§. 8.

Das Resultat der bisherigen Untersuchung geht nun dahin, daß eine s. g. locatio irregularis ebenso wenig der Sache, als den Worten nach in den Gesetzen sich findet; daß vielmehr, wenn bei Gelegenheit der locatio eine Eigenthumsübertragung vorkommt, dieselbe immer nur in Gefolge eines mit dem Miethvertrage verbundenen Contractsverhältnisses, welches seiner Natur nach auf Uebertragung des Ei-

62) Zum Schlusse ist hier noch zu bemerken, daß der Fall, wenn der Besteller eines Werkes sich die Billigung (probatio, adprobatio) desselben vorbehalten hat. [Fr. 24. pr. Fr. 58. § 1. D. h. t. Fr. 76 — 79. D. pro socio (17, 2.) Fr. 7. pr. D. de contrah. emt. (18, 1.) Fr. 75. pr. D. de legatis I. (30.)] nicht zur locatio conductio irregularis s. anomala in der Bedeutung, welche der vorstehenden Abhandlung zu Grunde liegt, gerechnet werden kann. Denn es ist hier nirgends von Uebertragung des Eigenthums an den redemtor operis die Rede, sondern es handelt sich bloß darum, welche Folge in Beziehung auf Tragung des periculum ein solcher Vertrag hat. Dabei kommt denn Alles auf die Verabredungen der Parteien im einzelnen Falle an, wie Javolenus in einer andern Stelle unseres Titels sagt: Fr. 51. D. h. t. In hujusmodi obligationibus id maxime spectare debemus, quod inter utramque partem convenit. Doch ist hervorzuheben, daß, weil im Zweifel eher für das minus, als das plus vermuthet wird, der redemtor operis im Allgemeinen für vis major nicht zu haften braucht, wenn er diese Verpflichtung nicht besonders übernommen hat. Vergl. Fr. 36, 37, 51, §. 1. Fr. 59. Fr. 60. §. 3. Fr. 62. D. locati (19, 2.)

genthums gerichtet ist, geschehen kann. Dieses Resultat ist offenbar dem Geiste und der Consequenz des römischen Rechts weit mehr angemessen, als die gewöhnliche Annahme einer **locatio irregularis**, welche dem Wesen des Miethvertrags und dem so consequent in den Gesetzen durchgeführten Princip, daß die Miethe nur auf Prästation des Gebrauchs einer Sache oder auf Leistung gewisser Dienste gegen einen bestimmten Lohn gerichtet sei, geradezu widerspricht, und eine wahrlich nicht unbedeutende Inconsequenz enthalten würde, welche dem classischen Pandectenrechte ohne gewichtige Gründe gewiß nicht aufgebürdet werden darf! Darum sollten denn auch die Lehr- und Handbücher, statt hier eine besondre, singuläre Art einer locatio conductio anzunehmen [63]), oder das Contractsverhältniß zu denen zu zählen, welche zwischen verschiedenen Verträgen in der Mitte schweben [64]), die gemischte Natur des rechtlichen Verhältnisses geradezu anerkennen.

---

63) Wie in den oben zu Anfang des §. 1. angeführten geschieht.
64) Muehlenbruch Doctr. Pand. (Edict. III.) Lib. III. §. 417.